

《紹介》

ウテ・ユンク

「契約成立の前提としての『行為の要素』に関する合意」

（法学教室 一九九九年一月号）

Ute Jung, Die Einigung über die "essentialia negotii" als
Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrags.
Juristische Schulung, 1999 Heft. 1

石 田 喜 久 夫

- 一 問題の提起
- 二 契約の最小限の規制の必要性
- 三 契約の最小限の要請の内容——行為の要素 (essentialia negotii) ——
- 四 結論——事例に即して

一 問題の提起

契約の成立は当事者の合意 (Konsens) を前提する。しかし、法律行為¹⁾に契約にかかわるひとは、しばしばその展開にとって必要なすべての規制に及ばない。それらを意識しない場合もあれば、十分に気付いていながら意識的に放置することもある。そのさい当然に、右の欠缺にも拘わらず契約が成立するのかが、問擬されよう。とりわけ、普通契約約款を用いて契約が締結された際には、いかなる点について合意がなされておれば、他の点につき具体的な合意の存否を問うことなく、契約の成立を語り得るか、という重要な論点に連なってくるであろう。⁽¹⁾

イエーナ (Jena) 大学のウテ・ユンク (Ute Jung) 女史は、民法・商法・会社法・労働法のハルトムート・オエトカー (Hartmut Oetker) 教授の研究員 (Wissenschaftliche Mitarbeiterin) であるが、「契約成立の前提としての『要素』に関する合意」と題する論稿を、法学教室誌上に掲載しており、右の問題を具体的に取り扱っている。もちろん、事例も適用される法条もドイツのものであるが、契約法わけてもその基礎理論は、国境や民族の壁を超える一般的性質を具有することに鑑み、わが契約法解釈に資すると考え、ここに紹介する所以である。

ユンクは、二つの事例を手がかりに、検討をはじめめる。

〔事例一〕 実業家Mは住居建設会社Vと、Vから住居を一平方メートル当り一二DMで賃借する旨合意した。Vの賃貸家屋には、さまざまな広さと仕様の住居があった。Mはさしあたり商用旅行のため住居を検分する時間がなくて、Vと「とにかく住居を受けとる」と約した。同時にMはVに、二〇〇〇DMの額の保証金を交付した。とかくするうち、Vには、すべての住居をより高い値いで賃貸しうる可能性が現われてきた、Vは、Mに住居を一平方メートル一二DMで供すべき法的義務があるかどうか、が問われる。

MとVが、平方メートル単価でなくて、月額一〇〇〇DMを支払う、と約束する場合は、右の変形事例である。

〔事例二〕 Eは、その妻と移り住もうとして家屋をせり落した。前もって彼は、台所と浴室に特製の家具を二〇〇DMで調整し取り付けた。しかし、入居には至らなかった。Eはその家屋をKに売却した。Eがなんら使用しなかった家具についての商議のさい、両者は売買価格について合意し得なかった。そこでEとKは、にも拘わらず家具に関する契約が成立すべきこと、後刻確かにびつたり、価格が合意されることにつき、一致を見た。EはKに家具の所有権を移転した。しかし、後になってもEとKは売買代金について争った。Eは二三〇〇DMを請求するが、Kは二〇〇〇DMしか支払わない。Eは、なおKに対し、二三〇〇DMを請求する。Kはこの額を支払わねばならないか？⁽³⁾

〔事例一〕では、MとVは、どの住居が契約上債務の対象とさるべきかを、明示しなかった。これに対し、〔事例二〕では、EとKとの間に、売買代金に関する合意が欠けている。いかにして欠けた点が定められるべきかが、解釈から出てこない。両事例の解決は、しかし、欠缺が存在するに拘わらず契約が存するかどうか、に依存する。BGB一五四条以下は、⁽⁴⁾契約における欠缺は原則として契約の成立を妨げないことを、示している。むしろ、目指すべきは、当事者がそれにも拘わらず法的に拘束されようとしたかどうか、である。これに対して、当事者——一方だけでも——の意思によれば契約締結が一定のしかし規制されていない点に依存すべきときは、いかなる契約も成立しない。

このことは、つとに消極的契約自由 (negative Vertragsfreiheit) から生じる。まさにこの自由ゆえに、なんびとも、契約を締結すべきことを強要され得ないのである。したがって、契約締結を一定の前提に依存させることが、はじめて可能になるはずである。それでも、これを以てしては、BGB一五四条以下が所謂「行為の要素 (essentialia negotii)」に関する合意の欠缺のさいにも同様に適用され得るのか、それとも、それらの規定の適用について契約締

結にとって最小限の規制 (Minimalregelung) が要求されているのかどうか、などというあまり掘り下げられていない問いかけは、解決されていない。

このように問題を提起したユンクは、契約の最小限の規制の考察に進む。

註

(1) このことについて私見の詳細は、石田喜久夫・民法秩序と自己決定 (一九八五年 成文堂) 一四二頁以下 (石田喜久夫「現代契約法の動向と課題」〔日本弁護士連合会「特別研修叢書 (上巻) 昭和六〇年度」一九八六年所収〕、二一九頁以下 (石田喜久夫「私的自治と法律行為論」〔山本進一教授還暦記念「法律行為論の現代的課題」一九八八年第一法規出版株式会社所収) 参照。そこでは、「要素」のほかに、常素 (naturalia)、偶素 (accidentalia) についても言及した。

(2) Ute Jung, Die Einigung über die "essentialia negotii" als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages, Juristische Schulung (Jus) 1999, 1. SS. 28-32. の論稿は、「勉強と習熟のために (Zur Einarbeitung und Wiederholung)」書かれたものであるが、それだけに、ほぼ定説化している内容と思われ、かつ、オエトカー教授の指導を受けていることに徴して、ドイツの現状を的確に描写している、とみてよからう。

(3) OLG-Hamm, Neue Juristische Wochenschrift [NJW] 1975, 1212f. の事案による。

(4) BGB (ドイツ民法典) 一五四条「表示により一方当事者のみにも合意がかわらしめられるべき、契約の凡ての点について、当事者が一致しないかぎり、疑わしいときは、契約は締結されなかったものとする。この場合、個々の点についての了解は、記載されたときでも拘束力をもたない (一項)」。意図された契約の書面化が約定されたときは、疑わしい場合書面作成までは契約は締結されなかったものとする (二項)」。

二 契約の最小限の規制の必要性

1 学説の状況 契約は、二つの一致した互いに関係した意思表示を通じて、成立する。それは、BGB一五四条

以下の規制が示すように、当事者が法的に拘束されようとすることを、前提している。もちろん、BGB一五四条以下は、その適用可能性につき最小限の契約構成要素が存在しなければならぬと、明示的に指示してはいない。その故に、契約締結には法律行為により拘束されとする二人格の意思で十分であると、幾人かの学者は、主張している。⁽⁵⁾ この考えを、契約自由の原則は、その実現が時によっては極めて困難な契約を締結しようとするか否かを、当事者の手中に委ねているのだ、という推論によって根拠づける。したがって、欠けている契約部分が当事者たちにとってどのような意味をもつのが、唯一重要なのである。かくて、契約の成立には、いかなる内容上の要請をも必要としない。「行為の要素」の概念は余剰であろうし、契約当事者は、例えば売買の客体と売買代金について、これらの点が彼らにとって完全に重要でないときは、合意する必要は無いこととなる。⁽⁶⁾

歴史的には、立法者は「行為の要素」の概念もその内容も明示的にはBGBへ採り入れなかった。もちろんBGB第一草案はその七八条（今日のBGB一五四条）に、契約の成立は制定法により本質的とされる契約部分に関する当事者の合意を前提する、ということを確認する規範を、もともと有していた。⁽⁷⁾ しかし、たんに一般的な契約概念に依存するばかりでなく種々の契約類型に関する制定法がひき合いに出されねばならないような、契約締結に関する内容上の強行的要請が存するという、立法者の観念が定式化から取り出されう。そこで規定を削除したのであるが、その背景には、規範のうしろに存するドグマティックの拒否ではなくて、すでに契約の概念から、本質的な契約部分に関する合意の欠歟のさいには契約は成立しないという帰結が生じるときは、制定法による規制は余剰である、との見解が存したのである。⁽⁸⁾ こうした考え方は、「行為の要素」に関する合意の欠歟が論理的不合意ないし全体として不合意（Totaldissens）とされるさいに、再び姿を見せる。

2 「行為の要素」の機能 契約締結にとって「行為の要素」についての合意が必要なことは、BGBの成立史に

もとづくのみでなく、とくにその機能からも生じる。「行為の要素」は、契約が欠缺にも拘わらず原則としてある意義を生じさせることを、保障する。即ち、努力して契約らしきものを形造ったところから一定の理解可能性が明らかになるか、制定法の規定と結びつけて理解を可能ならしめる。というのは、当事者は争いのある場合国家の裁判所へ赴き、裁判所は、既存の契約に関する規制の助力を得て、原則的に、合意における欠缺を、任意的制定法を手がかりに、若しくは補充的解釈を通じて、充鎮する状況に至るにちがいないからである。裁判所は、いかなる制定法上の規範がしつくりするかを知る場合にだけ、任意的制定法を適用しうるに過ぎない。補充的解釈にとっては、契約上の評価が存在し、それが裁判所に仮定的な当事者意思を帰結するのを許容することを要する。いかなる時点にも指定されない義務設定は、法的意味におけるいかなる義務設定でもなく、したがって、いかなる契約でもあり得ない。

註

- (5) M. Wolf, BGB, 12Aufl. 1987, §154 Rdnr. 1; E. Wolf, Allgemeiner Teil, 3 Aufl. 1982, §8B1b [zt. nach Jung (2) S. 28].

- (6) Jung (2) S. 28-29 はいう。「この種の帰結は、契約締結に関し歴史的に生成してきた理解に照応しない。すでに一九世紀にパンデクテン教科書の著者は、契約一般が成立するためには、合意に一定の内容上の要求が措定されるべきである、という一般的な命題から出発していた。この強行的な前提は、*essentia negotii* の概念、つまり、契約の有効性を制約する不可欠の前提、をもって記述されていた。当時、それは既に法律行為の本質的内容と理解されており、その欠缺にあつて契約のタイプの特徴づけが可能でないときは、契約は存在しないとされた (Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 9Aufl. 1987, S. 78; Puchta, Pandekten, 7Aufl. 1853, §58)。」と。

- (7) Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch I, 1899, S. 441. 第一草案の七八条一項はいう。「契約締結者が、制定法により締結されるべき契約の本質 (Wesen) に属する部分について、合意していなかったかぎり、契約は締結されたことにはならない。」と。

(8) これは、第一草案三五二条の削除にかかわっての叙述であるが、くわしくは、Diederichsen, in: Festschrift zum 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 81; Flume, Allgemeiner Teil II 4Aufl. 1992 §34. 6. C.

三 契約の最小限の要請の内容——「行為の要素 (essentialia negotii)」——

「行為の要素」概念の具体化は、前述の機能を手がかりになされる。そのみが、内容の調整につき基準を供しうる。

1 契約当事者とその役割 (Die Vertragsparteien und ihre Rolle) 契約当事者が特定しているか特定しうべきことが「行為の要素」に属する。契約は、概念上必然的に、少なくとも二人の当事者が法律行為関係へ互いに入り込もうとすることを、要する。人々の個別化は、立法者もしくは裁判所によつては、断じてなされ得ない。その契約相手方をすべてひとは自ら、私的自治的法秩序において選り出さねばならない。加えて、当事者自身のみが、契約において誰がどのような役割を引き受けるか、すなわち、誰が給付をなすべく義務づけられ、誰が給付を請求すべき権能を有するかにつき、合意しうるのである。ライヒスゲリヒトも、当事者が商品を買うのは誰であり、売るのは誰であるかについて合意していなかったと解釈される事例において、同様の帰結に至つていた。⁽⁹⁾ すでにして、契約概念自体が役割分配に関して一致を要求している。それなしに契約を認めるならば、判決を求められた裁判所は、当事者の評価につきなんらの手がかりをも有しないこととならう。したがって、評価を考えつくし契約を補充的解釈によつて展開することは、不可能であらう。

2 給付 (Leistung) これに対し問題を含むのは、契約が成立するためには、負わされた給付 (geschuldete

Leistung) がどの程度まで特定されていなければならないか、である。ここでは、検討は、なされるべき給付が相互的關係に立ちそのゆえに双務契約 (gegenseitiger Vertrag) が存在するか否かに従って、別けてなされなければならない。⁽¹⁰⁾

(a) 双務的でない契約における給付 (Die Leistung in einem nicht gegenseitigen Vertrag) については、以下の三点について考えるべきである。

(i) 契約締結にとつては給付の履践に関する合意が必要である (Notwendigkeit einer Einigung über das Erbringen einer Leistung für den Vertragsschluss) 契約の設定にとつては、一方当事者がある給付を履践する義務を負うことについての合意が要求される。何かを給付すべき一方当事者の義務設定なくしては、すでにして概念上いかなる契約も存在し得ない。⁽¹⁰⁾ 債務関係は必然的に少くとも債務を前提する。そのゆえに、債務者の義務設定がなければ、契約の要素 (Essential) が欠けることとなる。

(ii) 給付の種類の特定 (Die Bestimmung der Art der Leistung) さらに、契約当事者は、債務者が履践すべき給付がどのようなものか (welcher Art) について、合意していなければならない。このことから、例えば贈与契約もしくは使用貸借契約が存するのかどうかを確定しうる、法律関係の特徴的な刻印が、はじめて明らかになる。それによって、いずれの任意的規制がかかわってくるのか、最終的に特定される。かかる規制内容の変更は法律関係を他のものとして、それとともにその本質的な内容を変更する。⁽¹¹⁾

(iii) 給付範囲の確定 (Die Bestimmung des Leistungsumfangs) 加えて、当事者は履践されるべき給付の範囲について合意していなければならない。給付の範囲が不確定で、債務者が最終的にまったく給付をなしえないならば、もはや契約上の義務設定を語ることはできない。給付の範囲に関する合意が必要な理由は、BGB三一五条⁽¹²⁾の規制の中

にも見出しされる。同条はその文言からして、契約締結者が、給付の範囲を特定するのは誰であるかについて、了解しかつ合意していることを、前提にしているからである。⁽¹³⁾

(b) 双務契約における給付 (Die Leistungen im gegenseitigen Vertrag) ハハでは、とりわけ給付につき考慮すべきことが多い。

(i) 総論 (Allgemeines) 双務契約を特別にとり扱う理由は、契約の一方当事者のみでなく双方が義務を設定するという点にある。その故に、それぞれが債権者であり債務者である。とはいえ、たんに二つの片務契約が互いに併存するのではなくて、当事者の義務設定が、互いに運命を共にする (stehen und fallen) というふうに結びつけられているのである。つまり、一方の義務設定なくしては他方の義務設定も存在しない、というふうに (do, et des // 汝が与えるべく私は与える)。給付義務のかような牽連的結合 (synallagmatische Verknüpfung) は、契約の最小限の内容 (Mindestgehalt) に関する双務的でない契約における要件の変更をもたらす。

(ii) 給付 (Leistungen) 双務契約にあっても、契約概念は、債務の成立を前提する。その故に、当事者は、少なくとも、概念的に契約が存在しうるために、給付の履践につき合意しなければならない。さらに、双務契約においては、更なる給付との連結に関して合意を必要とする。

(a) 給付の双務性に関する合意 (Die Einigung über die Gegenseitigkeit der Leistungen) 二つの給付の牽連的結合に関する当事者の合意が、双務契約としての整序を可能ならしめる。そのことによって、例えば売買契約か贈与契約のいずれが、ないし、委任関係か雇傭契約のいずれが成立したかが、確定されうる。給付の結合なしには、契約は成立するが、双務契約は成立しない。給付の牽連的結合は契約当事者の任意に属する。とはいえ、給付と反対給付の結合が存しないときは、この欠缺は裁判所によって充填され得ない。つまり、売買契約ではなくて贈与契約が成立したこ

とを、裁判所は確定しなければならないであろう。贈与契約はたんなる売買契約より「金額の」少ない契約ではなくて、他の種のもの（*aliud*）なのである。これらの契約類型の差異は、まさに、他の給付との結合に存する。給付に対して反対給付が履踐さるべしとの合意が欠けているならば、契約当事者は、どのような契約が結ばれるかについて、合意していなかったのである。かような事例にあつては、裁判所による欠歟の充鎮は不可能である。裁判所は、いかなる任意的制定法が介入するかを確定し得ず、とりわけ、当事者の評価を最後まで考えるべき状況にはないのである。⁽¹⁴⁾

(β) 反対給付の様態（*Die Art der Gegenleistung*） 当事者が、双務契約を結ぼうと合意したときは、契約の成立は、両給付が確定しているか確定しうべきであることに、依存しう。確定性が必要なことは、すでにして、債務の存在（*Existenz*）を前提する契約概念から生じる。とはいえ、ある双務契約における給付の様態の確定から不可抗的に、契約類型の実体（*Wesen*）が出てくるわけではない。かくて、双務契約にあつては、各々の給付つまり反対給付も判断されう。各々が同時に債務者であり債権者である。したがって、いかなる給付が反対給付として理解されるか、という看方^{みかた}のみが決定的である。Aが一五〇DMの支払いに対する反対給付を履踐する、という確定だけでは、いかなる契約上の義務設定をも生じない。裁判所は、さような状況下では、断じて、Aによって履踐さるべき反対給付を具体化しえない。まさに、契約を特定する性質が欠けているからである。ここでは、BGB六一二条・六三二条も例外ではない。これらの条文ですら、締結された契約がいかなる契約類型に該るか——給付は役務の履踐か仕事の完成かでなければならぬ——という合意の存立を、前提している。そうでなければ、これら規定の帰属性（*Einschlägigkeit*）が確かめられ得ないからである。BGB六一二条・六三二条にあつて履踐さるべき報酬（*Vergütung*）は、諸事情にしたがつて確定され、そのことの故に報酬給付の様態がまさに具体化されう——よくなされるように金銭給付のかたちをとる。それと並んで、再びBGB三二六条（給付に対し約束された反対給付の範囲

が確定されていないときは、疑いのある場合、確定権は反対給付を請求しうべき当事者に属する。)が、当事者は反対給付の様態についても合意していなければならぬ、ということを経由づけるために引用され得る。BGB三一六条によれば、反対給付の範囲だけが、空白である。したがって、両給付の様態に関する合意は、本質的な契約部分であり双務契約の締結にとって強行的に要求されるところである。

(α) 反対給付の確定 (Die Bestimmung des Umfanges der Gegenleistung) 片務契約における『行為の要素』の具体化については、BGB第一草案の三五二条が引き合いに出され、それは、既述のごとく、給付の範囲に関する合意の欠缺は契約を成立せしめない、と配慮していた。この思想を双務契約のさいに貫徹するならば、反対給付の範囲に関する合意の欠缺のさいにいかなる契約も成立しない、との結論に到るであろう。同様の結論はこもごも主張されており、まさしく、契約の欠缺の、裁判所による「衡平な裁量 (billiges Ermessen)」を以てする、充鎮は、私的自治によって刻印づけられた法秩序においては、契約自由の意味と目的ではあり得ない、という理由づけを伴って。私的自治の及ばないところ——例えば締約強制の場合——でのみ、反対給付の範囲に合意の欠缺があればいかなる契約も成立しないという原則に対する例外が、承認されるにすぎない。もちろん、契約自由の第一義性 (Primat) という考へは、当事者が売買代価に関し上限を確定しかつ、また買主が最大の売買代価を履践する用意がある契約の成立の否認を、ほとんど正当化しえない。表現に至った契約当事者の意思にどうしてなんらの顧慮をも払わないのか、不可解である。ここでは金銭給付の債務者は彼の義務から完全に免れ得ない。⁽¹⁵⁾

たしかに、双務契約においては各々の給付は反対給付としても整序されているから、給付のいずれも範囲が特定されていない場合にBGB三一六条がまさに適用されうる、との結論が引き出され得よう。とはいえ、それでは給付相互の依存性が顧慮されないこととなる。かようなコンステレーションにあっては、裁判所は、衡平に基づく債権者

による給付の確定を検討する、場合によっては衡平な裁量に従って給付自体を確定するための、いかなる手がかりをも有しない。その故に、少なくとも給付につき範囲は特定されねばならないが、反対給付についてはそれは必要でない。

契約上の欠缺の充鎮にあつては、BGB三一六条は、それが契約当事者の規準的意思に照応する場合にのみ、任意的な制定法規制として、適用にいたる。確認された欠缺は、補充的契約解釈を通じて、排除されうる。⁽¹⁶⁾ライヒスゲリヒトは、「価格については我々はたしかに更に合意するだろう (über den Preis werden wir uns schon noch einigen)」という条項を、特別な手がかりのないままに、価格の確定は信義誠実に従い衡平な裁量において、そして、まさに疑いのあるときはBGB三一六条に倣い債権者によってなさるべし、というふう⁽¹⁷⁾に解釈した。連邦最高裁判所 (BGH) は、之に反して、反対給付の債権者に一方的な確定権を許容することは経験則 (Lebenserfahrung) に反する、という見解である。BGB三一六条は、疑問のある場合にのみかわる。しかし、このさい当事者の意思は、しばしば、反対給付の範囲が、補充的契約解釈の枠内でBGB一五七条 (ZPO「民事訴訟法」二八七条と結合して) に従い、裁判所に委ねられるべきであり、一方当事者にはない、ということに帰する。このことは、まさに右記の条項の使用のさいにあて嵌る。⁽¹⁸⁾補充的契約解釈のさいに、裁判所はそれまでに明確になった評価・契約の目的及び利益状況を顧慮する。それにも拘わらず、個々の事例においては、衡平な裁量に従った契約による規制の具体化は不可能でありうる。⁽¹⁹⁾

註

(9) Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [RGZ] 104, 265.

(10) たんべ¹⁶ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. II. 9Aufl. 1906, S. 19.

(11) Puchta (6) §58.

(12) BGB三一五條「給付が契約締結者の一方によって確定されるべき場合に、疑義の存するときは、確定は衡平な裁量に従ってなされるべきである（一項）。」

(13) Vgl. Mugdan (7) II, S. XXXII, 105 [zit. nach Jung (2) S. 30]. 第一草案三五二条は「契約の対象となるべき給付が、確定的に示されず、契約に含まれた規定によっても明らかでないならば、契約は無効である。」としていた。これによれば、給付の範囲の特定は契約の有効性にとって創設的 (konstitutiv) な意味をもち、これなくしては契約は成立しないであろう。したがって、契約当事者の反対の意思は、いかなる役割も演じないであろう。かかる規制はたしかに削除されたが、完全に自明な法命題は制定法の形式を必要としない——蓋し、給付の確定なしには法律行為は成立に至らないが故に——という論拠によってであった。ここに当事者が給付の範囲につき、その確定の可能性につき合意してはじめて、契約の存立が認められる、という立法者の立場が示されている (Jung (2) S. 30)。

(14) 「BGB六一二条一項（報酬 (Vergütung) は、役務給付が諸事情のもとで報酬と引き換えにのみ期待されるべきときは、默示的に合意されたと看做す）。・六二三条一項（報酬は、仕事の完成 (die Herstellung des Werkes) が諸事情により報酬と引き換えにのみ期待されるべきときは、默示的に合意されたと看做す）は、いくらかちがつて受けとられ得る。これらの規範は、反対給付が合意されていないことで合意が座礁するものではない、と定めている。むしろ、諸事情に従えば給付の履践が反対給付と引き換えにのみ期待されるべきであったことが、眼中に置かれねばならない。規範は当事者がこの問題を規制しなかったことを、前提している。上記の前提のもとで制定法は、報酬が負わされる、と擬制している (fingiert)。役務の履践および仕事の完成にあつては、反対給付に関する合意不存在に拘わらず、双務契約が成立しうる。ここでは、制定法は、通例は、契約当事者によってなされるべき内容の形成自体を規制した。これらの条文は、各々の労働はその報酬 (Lohn) に値するという立法者の原則的評価に基づいている。勿論、それらは、反対給付の履践につき合意が欠けておれば原則として双務契約に関しそこから出発すべき、普遍化されるべきいかなる原則をも内含するものではない。立法者は、たんに、雇傭契約と請負契約の法につき、特別な規制を措定したのである。すべての契約類型を包含すべきならば、立法者は債務法の総則中に規定を置くにちがひなからう。さらに、BGB三一六条（給付につき約束された反対給付の範囲が確定されていない

ときは、疑義のある場合、反対給付を請求すべき一方に確定（権）が存する）の考え方は、契約当事者が原則として反対給付の履践についてすら合意していなければならないことを、示している。そこでは、当事者が反対給付の範囲を定めないままにしている場合には、反対給付の債権者に確定権が許容されている。給付の債務者はなお、反対給付を請求するか否かを、自ら確定すべきではない。規範は、反対給付の履践がすでに合意されていることを、前提する。」（Jung（2）S.30）。

（15） 「しかしながら、BGB第一草案の三五二条を指して、反対給付の範囲に関する合意の欠缺のさいに契約の成立を拒否するのは、反対給付の範囲に関する合意は必要でないとするBGB三一六条の法定評価に矛盾する。かような場合には、契約に基づいて反対給付を請求しうべき権限を保有する者が、反対給付の範囲を確定すべきである。したがって、疑わしい場合には、給付の債権者に確定権が認められる。反対給付の範囲に関する合意の欠缺は、その故に、契約上の請求権の発生にかなる結果をも有し得ない。規範は、給付の範囲に関する合意の欠缺が契約の成立を妨げない、という可能性に基づいている。これと異なる判断にあつてはBGB三一六条はその適用領域を失うであろう。規制は、立法者の概念によれば、まさに、反対給付の不特定性のゆえの契約の無効を回避する、という目的をもっている。他ならず、BGB六一二条二項（報酬の高さが確定していなければ公定価格〔? 「Taxe」があればそれが報酬となり、公定価格がなければ慣行上の報酬が合意されたものと看做す）・六三二条二項（六一二条二項に同じ）も、同旨である」（Jung（2）S.31）

（16） BGH, NJW 1982, S. 2816.

（17） RG, Recht 1919, Nr. 1272.

（18） BGH, BB 1978, 580.

（19） RG, JW 1913, 541. 投機売買に関する事案。

四 結論——事例に即して

叙上の如く論を進めてきたユンクは、次のとき帰結に到達している。

1 制定法により客観的に本質的な契約構成部分の（と）とき要素（Essential）に関する合意の欠缺は、契約が成立し

ていないという結果をもたらす。契約当事者のこれと異なる意思是顧慮されない。BGB一五四条は適用さるべくもない。

2 契約当事者の特定 (Individualisierung) と彼らの給付の債権者・債務者としての地位は、「行為の要素」に数えられる。負わされた (geschuldete) 給付に関しては、したがって、牽連的な給付関係が存するか否かが、区別されるべきである。その給付が双務的關係 (Gegenseitigkeitsverhältnis) に立たない契約にあつては、当事者が給付の内容・その態様・その範囲について合意していなければならない。双務契約においては、このことは一方の給付についてはまさに必要である。之に反して、反対給付にあつては、給付の範囲は空白のままでありうる。しかし、当事者は、給付が双務的關係に立ち給付がどのような態様であるべきかを、合意していなければならない。しかし、雇傭契約と請負契約のさいには例外が存する。そのかぎりでは「行為の要素」概念は相対的である。

3 契約概念にとって強行的に必要な契約構成部分についての合意により、契約類型それとともに契約の本質の確定が可能となる。客観的に本質的な契約構成部分の助力で以て、言明が、売買か交換か贈与か、使用貸借か賃貸借か、委任か雇傭のいずれが問題となっているのかにつき、中てられることとなる。そのことによって、法適用者 (Rechtsanwender) は、制定法中に規制された契約類型への整序が可能であるかぎり、どの任意的制定規定が介入するかを、⁽²⁰⁾ 知ることとなる。

このような見地からすれば、冒頭の事例については、以下のように解される。

〔事例二〕 VとMの間に契約が成立しておれば、Vには、Mに住居を引き渡すべき義務がある。BGB五三五条 (賃貸借契約により、賃貸人は、賃借人に賃貸目的物の使用を賃貸期間中なさせるべき義務を負う。賃借人は、賃貸人に合意した賃料を支払うべき義務を負う。) により賃貸借契約が締結されるべきである。そのためには、VとMは、

Vによって履践さるべき給付が住居の引渡しに、Mによって履践さるべき給付が金銭の支払に、存することを、明らかにすべきである。給付は相互に依存しなければならないから、両当事者が双務契約を締結しようとしていたということが、でてくる。その契約が有効であるためには、VとMが少なくとも給付の範囲について合意していなければならない。何が給付ないし反対給付とみられうるかは、観方(Sichtweise)に依存する。ここでは、VとMは、一平方メートルあたり一二DMのコストと合意したのみである。しかし、これでは、Mによって履践さるべき給付もVのそれとも、確定されていない。VとMは、給付と反対給付の計算の基準についてのみ合意したのであって、給付のひとつの範囲について合意したのではない。その故に、「行為の要素」に関するいかなる合意も、したがっていかなる契約も成立してはいない。

〔変形事例(Fallabwandlung)〕 VとMが、基準ではなくて、Mによって履践さるべき給付の態様と範囲(月額一〇〇DMの支払)につき、合意していたとする。Vの給付についてはまさに態様——即ち住居の賃貸——が確定している。Mがどの住居を賃借するかの確定は、だが、たんに量的(何平方メートル)のみならず質的(位置、調度)な様相を内含する。住居は不代替物だからである。⁽²¹⁾ だからして、給付の量だけでなくその質も空白のままである。それ故、反対給付の態様に関する合意で契約締結に十分である、とするBGB三一六条の考え方が適用に至りうるかが、問われよう。BGB二四三条一項(種類のみに従って定めた物を義務づけられた者は、中等の種類及び品質の物を給付すべきである。)は、品質の規制の欠缺が契約の成立にいかなる効果をも有しないことを、示している。BGB二四三条一項によれば、種類債務のさいの債務者は中等の種類及び品質の物を給付すべきである。履践さるべき給付の質はしたがって「行為の要素」に属しない。BGB二四三条一項の適用可能性は、勿論、住居の賃貸が種類債務をあらわすことを、前提する。この場合がそうであるかは、ひとえに契約当事者の合意に依存する。代替可能か代替不能

かという物の客観的整理は、種類債務が存するか否かになんら効能を有しない。たしかに、通例は不代替物にあつて特定物債務 (Sachschuld) が合意されるが、これがつねにそうであるとは限らない。MとVは、Vによつて履踐さるべき給付を、ひたすらに種類に従つて確定したとする。その後、契約上の欠陥が彼らに認識されたとする。彼らは、それにも拘わらず、言明及びなされた保証金の支払において明らかになったところに、契約上拘束されるのを望んだとすれば、MとVとの間にBGB一五四条に従い契約は成立したことになる。

〔事例二〕 Eは、BGB四三三二条二項 (買主は、売主に約束した売買代価を支払い、売買目的物を引き取るべき義務を負う。) に基づきKに対して、二三〇〇DMの支払を請求しうる権利を有しうる。そのためには、売買契約がEとKとの間に、EはKに動産を二三〇〇DMの支払と引き換えに引き渡すという内容で、成立していなければならない。EとKは、調整した家具の売買代価について合意し得ないこともある。彼らは、どのように売買代価が決定されるべきかにつき、いかなる規制をも有しない。しかし、どのような給付を履踐すべきかについては合意が成立していた。つまり、彼はKに調整した家具を引き渡すべきだったのである。反対給付、この場合はKによつて履踐さるべき支払について、彼らは合意していなかった。BGB三一六条に従えば、このことは契約の有効性にとって必要ではない。そのさい契約は原則として成立し得る。さらに、当事者は法的拘束意思 (Rechtsbindungswille) をもつて行為していなければならない。BGB一五四条に従えば、当事者に欠陥のあることが知られていたか否かが重要であり、彼らが契約上の拘束を意図していたことについては、いかなる疑義も存しない。EとKが、売買代価について合意のなかったことを知っていたとしても、EがKに家具を引き渡したことによつて、彼らは合意されたところを実行しはじめたのである。規制の実行の開始は、自ら契約上拘束されるとする意思を物語っている。かくて、ここに契約が成立したことになる。BGB三一六条の文言により、Eは更に二三〇〇DMを請求し得るであろう。しかし、B

G B三二六条の解釈規制 (Auslegungsregelung) を適用するのが、契約当事者の推定的な意思に照応するかどうか、むしろ裁判所が補充的解釈の枠内で売買代価を衡平な裁量に従って確定してはいけないのかどうかは、問題の存するところである。

以上のごときユンクの説述は、従来から日常しばしば生じうる事態に即して、概ね承認されうる帰結を抜き出しており、その意味では、特筆すべき内容のものではない、というべきかもしれない。しかし、冒頭に触れた約款の処理に加えて、現代における契約の複雑化ないし複合化とこのことにもまつわる現実への沈潜のごとき、契約法の現代的課題⁽²²⁾にとり組むさいに、契約法の原点に立ち返ることも必要であるとすれば、ここに紹介した *essentialia negotii* にまつわる論議から示唆を得ること尠しとしないように思われる。そうでなければ、現実という混沌の大海に溺れを終末とする力泳に終始せざるを得ない虞れなきを保し難いからである。

註

(20) Vgl. RGZ 93, 297. その事案はこうである。契約の一方当事者が BGB 三二二条 (なお生存している第三者の遺産に関する契約は無効である。) に従って出発し、他方は、すでに被相続人の死亡を知っているが故に、BGB 三九八条 (債権は他人との契約により債権者からその他人へ移転され得る。) に従って譲渡を約束しようとした、というのである。

(21) BGB 九一条「制定法の意味における代替物とは、取引において数・数量または重量に従って確定されるのを常とする動産のことである。」

(22) 近時の混合契約論 (たとえば、河上正二「混合契約論」についての覚え書」法学五六卷 (一九九二年) 四一五頁、北川善太郎・民法提要IV債権各論 (一九九三年 有斐閣) 二九頁、湯淺道男「混合契約及び非典型契約の解釈にあたっては、どういう点に留意すべきか」椿壽夫編・講座「現代契約と現代債権の展望第五卷」(一九九〇年 日本評論社) 一六頁など)、ないし複合契約 (山田誠一「複合契約取引」についての覚書 (1) (2)」NBL 四八五号 (一九九一年) 三〇頁、四八六号 (一九九一年) 五二頁) ・ハイブリッド契約 (池田眞朗「複合契約」あるいは「ハイブリッド契約論」NBL 六三三三

(一九九八年) 六頁) が示しているように、従来の伝統的な契約理論を以てしてはカバーしきれない複雑多岐の内容をもつ契約が、その数と重要性を増している。もとより、かつての混合契約理論で十分ではあり得ないが、それでも、何がそうした契約の *essentialia negotii* であるか——当然に複雑であることが一般的とみられる——を確定するところから始めなければなるまい。どの典型契約の *essentialia negotii* にも該当しない *essentialia negotii* が語られるべきは当然のこととして、その確定については、やはりドイツ普通法学ないしパンデクティスティクの手法の体得が、示唆的である点において、出発点である、とわたくしは信じている(なお、近時の動向と問題の所在については、橋本恭宏「システム(ネット)契約論序説——契約の複合化と民法——」椿壽夫教授古稀記念・現代取引法の基礎的課題(一九九九年 有斐閣) 三二七頁参照。その結語はこうである。「この種の債権関係は、民法典の有する『個別化』の論理により再考し、全く価値の異なる契約類型が生じた場合の指針としての典型契約の構成要素を再検討する必要」(三三九頁) があると)。